

Revista Crítica Penal y Poder (Nueva Época) e-ISSN: 2014-3753

Mayo de 2024, nº 26

Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos

Universidad de Barcelona



© González Saquero, Pablo



**DOSSIER “MIGRACIÓN Y TRATA. ALGUNAS SENTENCIAS RELEVANTES”:  
EXPULSAR A UN CIUDADANO DE LA UE POR MOTIVOS DISTINTOS DEL ORDEN,  
LA SEGURIDAD Y LA SALUD PÚBLICOS.**

**Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 22 de junio de 2021, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Effets d’une décision d’éloignement)*, C-719/19\***

**Dossier “Migració i tracta. Algunes sentències rellevants”:  
EXPULSAR UN CIUTADÀ DE LA UE PER MOTIUS DISTINTS DE L'ORDRE, LA SEURETAT  
I LA SALUT PÚBLICS.**

**Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 22 de junio de 2021, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Effets d’une décision d’éloignement)*, C-719/19**

**Dossier “Migration and trafficking. Some relevant judgments”:  
EXPPELLING AN EU CITIZEN FOR REASONS OTHER THAN PUBLIC ORDER, SAFETY AND HEALTH.  
Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 22 de junio de 2021, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Effets d’une décision d’éloignement)*, C-719/19**

**Pablo González Saquero** <sup>\*\*</sup> 

*Profesor del Departamento de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid*

**DOI:** <https://doi.org/10.1344/cyp.2024.26.46794>

## RESUMEN

*La sentencia analizada aborda por primera vez la interpretación del artículo 15 de la Directiva 2004/38. El precepto regula la expulsión de un ciudadano de la Unión que, sin representar un riesgo para el orden, la seguridad o la salud públicos, ha dejado de ser titular del derecho de residen-*

---

\* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “Exclusión social y sistema penal y penitenciario. Análisis y propuestas sobre tres realidades: inmigración y refugio, enfermedad mental y prisión” (IUSMI-GRANTE) PID2019-105778RB-100, Convocatoria Proyectos I+D+i 2019, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

\*\* [pgsaquero@uclm.es](mailto:pgsaquero@uclm.es)

*cia que justificaba su presencia en el Estado miembro de acogida. En FS, el tribunal se centra en determinar qué circunstancias deben concurrir para que pueda considerarse ejecutada una decisión de expulsión dictada contra un ciudadano de la UE conforme al artículo 15; y cuando, por tanto, dicho ciudadano puede regresar al Estado miembro de acogida para iniciar una nueva residencia legal. En el trabajo se abordan también dos cuestiones que el TJ orilla en su sentencia: el internamiento de un ciudadano de la UE a efectos de su expulsión; y la legalidad misma de la expulsión en el caso de FS. Especialmente problemático es este último aspecto, pues el tribunal parece avalar con su silencio una interpretación que, en la estela de Dano, endurecería las condiciones de residencia de los ciudadanos económicamente inactivos.*

**Palabras Clave:** *ciudadanía de la Unión Europea, libre circulación, expulsión, internamiento, ciudadano no económicamente activo.*

## RESUM

*La sentència analitzada aborda per primera vegada la interpretació de l'article 15 de la Directiva 2004/38. El precepte regula l'expulsió d'un ciutadà de la Unió que, sense representar cap risc per a l'ordre, la seguretat o la salut públics, ha deixat de ser titular del dret de residència que en justificava la presència a l'Estat membre d'acollida. A FS, el tribunal se centra a determinar quines circumstàncies han de concórrer perquè es pugui considerar executada una decisió d'expulsió dictada contra un ciutadà de la UE d'acord amb l'article 15; i quan, per tant, aquest ciutadà pot tornar a l'Estat membre d'acolliment per iniciar una residència legal nova. A la feina s'aborden també dues qüestions que el TJ riba en la seva sentència: l'internament d'un ciutadà de la UE als efectes de la seva expulsió; i la legalitat mateixa de l'expulsió en el cas de FS. Especialment problemàtic és aquest darrer aspecte, ja que el tribunal sembla avalar amb el seu silenci una interpretació que, a l'estela de Dano, enduriria les condicions de residència dels ciutadans econòmicament inactius.*

**Paraules Clau:** *ciudadania de la Unió Europea, lliure circulació, expulsió, internament, ciutadà no econòmicament actiu.*

## SUMMARY

*The judgment under analysis deals for the first time with the effects of an expulsion order adopted pursuant to Article 15 of Directive 2004/38. This provision regulates the expulsion of a Union citizen who, without posing a risk to public policy, public security, or public health, no longer has a right of residence that justified his presence in the host Member State. In FS, the court focuses on determining what circumstances must be present for an expulsion decision than has been issued against an EU citizen under Article 15 to be considered enforced; and when, therefore, such a citizen may return to the host Member State to take up a new legal residence. This paper also addresses two issues that the ECJ sidesteps in its judgment: the detention of an EU citizen for the purposes of expulsion; and the very legality of expulsion in the FS case. This last question is particularly problematic, since the Court's silence seems to endorse an interpretation that, in the wake of Dano, would harden the conditions of residence of economically inactive citizens.*

**Keywords:** *citizenship of the European Union, free movement, removal, detention, economically inactive citizen.*

## 1. Introducción.

En *Edwards c. California* (314 US 160 [1941]) el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (TS) se enfrentó a una ley del Estado de California que trataba de limitar la entrada de personas en situación de indigencia procedentes de otros Estados, aludiendo a que la gran afluencia de migrantes que llegaban a California en ese momento provocaría problemas en los ámbitos de la salud, la moral y, especialmente, las finanzas públicas. El TS declaró inconstitucional la ley: “nada debe ser más firme que la prohibición de que un Estado pueda aislarse de las dificultades comunes a todos ellos restringiendo el transporte de personas y bienes a través de sus fronteras. Es frecuente que se considere que un Estado puede obtener respiro momentáneo de la presión de los acontecimientos por el simple expediente de cerrar sus puertas al mundo exterior... pero la Constitución se elaboró bajo el dominio de una filosofía política en virtud de la cual los pueblos de los diversos Estados deben hundirse o nadar juntos, y a la larga la prosperidad y la salvación están en la unión y no en la división” (*Id.*, pp. 173-174). En esa sentencia pionera, cuatro jueces del TS, en otros tantos votos concurrentes, coincidieron en elevar la libertad de circulación entre los distintos Estados (*right to travel*) a la condición de derecho fundamental protegido por la Constitución, “un privilegio de la ciudadanía de los Estados Unidos, protegido frente toda restricción estatal, que faculta para entrar en cualquier estado de la Unión, ya sea para una estancia temporal o para el establecimiento de una residencia permanente en él y para obtener la ciudadanía resultante de ella. Si la ciudadanía federal significa menos que esto, no significa nada” (*Id.*, p. 183).

Los ecos de esas palabras del TS de los Estados Unidos resuenan como un lejano espejismo cuando se lee la Sentencia de 22 de junio de 2021, dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ) en el asunto *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (efectos de una decisión de expulsión)* (C-719/19, ECLI:EU:C:2021:506) acompañada por las conclusiones del Abogado General (AG) Athanasios Rantos, de 10 de febrero del mismo año (ECLI:EU:C:2021:104). En ella el supremo interprete del Derecho de la Unión Europea (DUE) trata de dar sentido a la compleja situación que deben afrontar los EMs (EM) de la Unión cuando dictan una orden de expulsión contra un ciudadano de la Unión y tratan de ejecutarla. El contexto es novedoso, pues se refiere a una expulsión en la “zona gris” del estatuto de ciudadanía. En esa “zona gris” se encuentra el ciudadano que ha ejercido su derecho de circulación pero que no puede seguir articulando en el EM de acogida un derecho de residencia conforme al ordenamiento de la Unión. Si en esa situación solicitara la ayuda del Estado para subsistir, este podría negársela. Podría el EM, incluso, expulsarle, aunque normalmente no lo hace porque es difícil que ese ciudadano sea detectado por las autoridades de inmigración debido a la ausencia de controles en las fronteras interiores del espacio Schengen y a las restricciones que el propio DUE a los controles sistemáticos dentro del EM. El EM tolera normalmente la presencia de estos ciudadanos en su territorio y centra sus prioridades en la expulsión (y exclusión) de aquellos que constituyen un peligro para el orden, la seguridad y la salud públicos.

En *FS*, el TJ se encuentra con un caso muy singular en el que el EM no va a tolerar que el ciudadano continúe en esa zona gris y va a proceder a su expulsión. Tras el resumen de los hechos y un sucinto vistazo al marco jurídico (2) procedemos con la parte nuclear abordada por el TJ en su sentencia, a saber: cuándo puede entenderse ejecutada la expulsión de un ciudadano de la UE (3). A continuación analizaremos cuestiones que o bien no se han abordado directamente en la sentencia del TJ pero sí en la del tribunal remitente, como el internamiento del ciudadano de la Unión a efectos de su expulsión (4), o bien han sido abordadas solo por el AG en sus conclusiones, como la legalidad misma de la decisión de expulsión (5).

## 2. El marco jurídico y los hechos del caso.

La Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión Europea y de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de la Unión Europea (en adelante “Directiva de ciudadanía” o, simplemente, “Directiva”) reconoce a los ciudadanos de la Unión el derecho a entrar en cualquier EM distinto al de su nacionalidad, con la sola exigencia de estar “en posesión” de un documento de identidad (o de un pasaporte) (Artículo 5). A partir de ese momento, el DUE, a través de la Directiva (aunque no solo) ha establecido un sistema gradual en lo que respecta al derecho de residencia en el EM de acogida que recoge en sustancia las etapas y las condiciones previstas hasta llegar al derecho de residencia permanente.

Cualquier ciudadano de la UE, sea económicamente activo o no, tiene un derecho incondicional a residir en otro EM *hasta tres meses* (artículo 6). Transcurridos esos tres meses, el derecho de residencia se reconoce por el artículo 7 solo en determinados supuestos y con determinados requisitos: los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia; asimilados a los trabajadores (significativamente, desempleados que buscan activamente trabajo y tienen posibilidades reales de conseguirlo); estudiantes; y, por último (relevante al caso que nos ocupa), el ciudadano de la Unión que, siendo económicamente inactivo, dispone de recursos suficientes para no convertirse en una *carga excesiva* para la asistencia social del EM de acogida, y cuenta con seguro sanitario. Íntimamente ligada a este sistema, y a la progresiva integración que cada una de sus etapas representa, se encuentra la capacidad del EM de acogida para discriminar al ciudadano europeo frente a sus propio nacionales en la percepción de prestaciones de asistencia sanitaria o ayudas de manutención (artículo 24).

Comencemos con el relato de los hechos<sup>1</sup>. FS, nacional polaco, reside en Países Bajos. Aparece inscrito, desde noviembre de 2017, en el *Basisregistratie Personen*, que contiene datos personales de residentes (y también, en algunos casos, de no residentes<sup>2</sup>). Ha llegado incluso a trabajar durante cinco meses, aunque después ha quedado desempleado y sin domicilio o residencia fijos. Durante su estancia en los Países Bajos, FS ha sido detenido por la policía en varias ocasiones, acusado de cometer delitos menores; ha estado en dos ocasiones en prisión preventiva (mayo-junio de 2018) y ha sido condenado, por cometer varios hurtos en comercios, a cinco meses de pena privativa de libertad (junio-octubre de 2018).

Una vez adquirido el derecho de residencia, la Directiva de ciudadanía refuerza en su artículo 14 la exigencia de que los ciudadanos móviles de la Unión sean autosuficientes para poder *conservar* su derecho de residencia en el EM de acogida. En particular, establece el marco que deben adoptar los EM para evaluar si las personas o familias que ejercen sus derechos de libre circulación en virtud de la Directiva cumplen las condiciones impuestas por esta. Para el derecho de residencia superior a tres meses, el artículo 14.2 establece que los ciudadanos de la Unión conservarán el derecho de residencia siempre que cumplan las condiciones previstas en el artículo 7. En particular, los ciudada-

<sup>1</sup> Se han tomado como referencia la sentencia del TJ y las conclusiones del AG, así como el resumen de la petición de decisión prejudicial y la sentencia que dicta el Consejo de Estado neerlandés tras recibir la respuesta del TJ a las cuestiones prejudiciales planteadas.

<sup>2</sup> Aplicable a nacionales y extranjeros, el registro contiene, por ejemplo, los datos de personas que, habiendo residido en Países Bajos, ya no lo hacen, o de personas que residen en el país menos de 4 meses (por razones de trabajo o de estudio).

nos de la Unión económicamente inactivos deben seguir cumpliendo las condiciones sobre recursos suficientes y cobertura sanitaria (artículo 7.1, *b*).

El artículo 14.2, establece además que los EMs podrán “comprobar si se cumplen estas condiciones”, pero sólo “en casos específicos en los que existan dudas razonables sobre si un ciudadano de la Unión cumple las condiciones establecidas”. En cualquier caso, se establece que “esta comprobación no se efectuará sistemáticamente”, lo que sugiere una presunción de que los ciudadanos de la Unión cumplen las condiciones para residir en un EM de acogida y que esto sólo debe comprobarse cuando haya razones fundadas para pensar lo contrario (Shuibhne, 2024, pp. 318-321). En este sentido, la situación de FS ha aflorado para las autoridades neerlandesas debido a su comportamiento delictivo. En otro caso, y teniendo en cuenta que no ha solicitado ninguna prestación de asistencia social, es fácil que la irregularidad de su estancia en Países Bajos hubiera pasado inadvertida. El caso es que el 1 de junio de 2018, el Secretario de Estado determina que FS no tiene residencia legal con arreglo al DUE: carece de empleo remunerado, no ha demostrado que estuviera involuntariamente desempleado o buscando trabajo; no trabaja por cuenta propia, ni estudia. Se trataría, por tanto, de un individuo económicamente inactivo, que para poder conservar un derecho de residencia, debería demostrar que dispone de “recursos suficientes para no convertirse en una carga excesiva para la asistencia social del EM de acogida”. Para las autoridades nacionales, el extranjero no ha demostrado disponer de medios de subsistencia suficientes para mantenerse, y muestra de ello es que la policía ha detenido regularmente a FS como sospechoso de cometer robos en comercios, y hurtos de carteras.

En el artículo 14 mencionado más arriba, la Directiva de ciudadanía regula las circunstancias en las que el incumplimiento de los criterios pertinentes para garantizar el derecho de residencia puede dar lugar a la expulsión de las personas afectadas. En tales supuestos, el EM de acogida puede expulsar al ciudadano de la UE de acuerdo con el artículo 15 de la Directiva. Este precepto, en efecto, permite adoptar una medida de expulsión precisamente “por motivos que no sean de orden público, seguridad pública o salud pública”<sup>3</sup>. Es importante destacar que las autoridades administrativas nacionales prescinden de cualquier valoración acerca de si FS constituye o no “una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”, lo que habría permitido adoptar una decisión de expulsión, por razones de orden, seguridad y salud públicos basándose en el artículo 27 de la Directiva.

A la vista de que el extranjero se encuentra, según la administración neerlandesa, en situación irregular en los Países Bajos, al carecer de un derecho de residencia fundado en la libertad de circulación, el Secretario de Estado adopta una decisión de expulsión, efectiva desde el 25 de septiembre de 2018. En ella, se da a FS 28 días para abandonar voluntariamente el territorio del EM de acogida. FS abandona el territorio de los Países Bajos, con dirección a Alemania, en el período de salida voluntaria que le han dado las autoridades nacionales. No obstante, no hay constancia oficial de ello,

---

<sup>3</sup> El artículo 15 establece las garantías procedimentales de la expulsión, y lo hace por remisión a las que se contemplan en los artículos 30 (en materia de notificación de las decisiones) y 31 (en materia de recursos) de la Directiva para las expulsiones por razones de orden público, seguridad y salud públicos. Sobre la aplicación de estas garantías, en el asunto *Chenchooliah* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2019, C-94/18, ECLI:EU:C:2019:693) el TJ ha señalado que solo se aplicarán en relación con el artículo 15 si es efectivamente posible aplicarlas, en su caso mediante los ajustes necesarios, a decisiones adoptadas por motivos que *no* sean de orden público, de seguridad pública o de salud pública. Por otra parte, con arreglo al artículo 15.3, la decisión de expulsión no podrá ir en ningún caso acompañada de una prohibición de entrada en el territorio.

ya que FS no es sometido a ningún tipo de control al cruzar la frontera. Los ciudadanos de la UE, como beneficiarios del derecho a la libre circulación, atraviesan las fronteras interiores, entre dos Estados que apliquen plenamente el acervo Schengen, sin ser sometidos a ningún tipo de control.<sup>4</sup> Al ciudadano de la Unión le basta con estar *en posesión* de un documento de identidad o de un pasaporte; no es preciso que *presente* en frontera dichos documentos<sup>5</sup>.

Que FS ha salido efectivamente en el período voluntario de Países Bajos, lo demuestra el hecho de que el mismo día en el que dicho plazo finaliza (23 de octubre), es detenido (y puesto en libertad) por la policía alemana como sospechoso de cometer un robo en una tienda. Según el propio FS, en ese tiempo se aloja con unos amigos en Kaldenkirchen, localidad alemana contigua a la frontera, que cruza diariamente (sic) para comprar marihuana en Países Bajos. Ya en noviembre, FS viaja nuevamente a Países Bajos, esta vez para acudir a una comparecencia judicial, y es detenido cuando intenta robar en un supermercado. El Secretario de Estado adopta entonces una medida de internamiento, prevista en el derecho neerlandés para asegurar la efectividad de la expulsión de un extranjero, que se encuentre en situación irregular, a su país de origen, en este caso Polonia. FS recurre la medida ante el tribunal de primera instancia (*rechtbank*), el cual desestima el recurso contra el internamiento así como la reclamación de indemnización de daños y perjuicios. La sentencia dictada en primera instancia es recurrida por FS ante el Consejo de Estado (*Raad van State*) al tiempo que solicita la suspensión de la expulsión al juez de medidas cautelares (*voorzieningenrechter van de rechtbank*). La demanda de medidas cautelares es estimada y el Secretario de Estado levanta el internamiento administrativo. Con posterioridad, FS es detenido dos veces más en Países Bajos, regresa a Polonia para después volver a Alemania, donde está varios meses (febrero-mayo de 2019) en prisión preventiva, y de nuevo a Países Bajos, donde es detenido por intento de robo. El Secretario de Estado adopta entonces (junio de 2019) una segunda medida de internamiento contra FS, que va seguir la misma suerte judicial que judicial que la primera. Aunque las dos medidas de internamiento han quedado suspendidas cautelarmente, el Consejo de Estado considera necesario pronunciarse sobre los recursos presentados porque FS mantiene su pretensión de que se le indemnice por los daños y perjuicios que le ha causado el (indebido) internamiento. Es el Consejo de Estado el que entonces plantea las cuestiones prejudiciales que están en el origen de la sentencia que comentamos.

Es importante destacar que las medidas de internamiento controvertidas tenían por objeto dar efecto a la decisión de expulsión que el propio Secretario de Estado había adoptado el 25 de septiembre. Inicialmente se suscita la duda de si FS había abandonado o no físicamente Países Bajos dentro del plazo, de cuatro semanas, establecido en la decisión de expulsión. Una vez acreditado por FS que sí lo había hecho (recordemos que había sido detenido en Alemania), FS sostiene que fue indebidamente internado porque, de una parte, con su salida voluntaria se habían agotado los efectos de la decisión de expulsión de septiembre y, de otra, con la entrada posterior, había nacido para él un nuevo derecho a residir en el EM de acogida durante tres meses, en virtud del artículo 6 de la Directiva. Por el contrario, para el Secretario de Estado, aunque FS ha acreditado efectivamente que

<sup>4</sup> Art. 22 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (en adelante, Código de fronteras). No obstante, un ciudadano de la Unión podrá ser requerido a presentar pruebas de su identidad y nacionalidad a su entrada en el territorio de un Estado si este no forma parte del espacio Schengen, o si ha restablecido temporalmente y de forma excepcional los controles fronterizos internos, en los términos en que así lo permite el Código de fronteras, o si se trata de una frontera exterior del Estado. Ninguna de estas circunstancias se da en el caso que nos ocupa (Guild, E. et al., 2019, pp. 101).

<sup>5</sup> Como exigía en el pasado la Directiva 68/360 en su artículo 3.1.

abandonó los Países Bajos dentro del plazo fijado por la decisión de 25 de septiembre, ello no significa que con su salida se hubieran agotado los efectos jurídicos de esa decisión. Según el Secretario de Estado, la expulsión solo se podría considerar consumada cuando, con arreglo a los requisitos establecidos en el artículo 7.1 de la Directiva, FS hubiera residido *efectivamente* en otro EM, esto es, hubiera residido en él *por más de tres meses*. Solo así, entiende el Secretario de Estado, “es posible impedir abusos” pues de otro modo, el extranjero puede eludir los efectos jurídicos de la decisión de expulsión “simplemente permaneciendo un día en Alemania y, de este modo, volver de nuevo legalmente a los Países Bajos y residir en dicho país”.

Las cuestiones prejudiciales planteadas por el Consejo de Estado interpelan al Tribunal de Justicia para que este determine en qué momento se puede afirmar que se ha dado cumplimiento a una decisión de expulsión adoptada contra un ciudadano de la UE en virtud del artículo 15 de la Directiva (es decir, una decisión de expulsión “por motivos que no sean de orden público, seguridad pública o salud pública”), momento a partir del cual el ciudadano de la UE puede regresar al EM que le expulsó y esgrimir un nuevo derecho de residencia conforme al artículo 6 de la Directiva. En particular, es fundamental saber si basta con que el destinatario de la medida de expulsión abandone el territorio del país de acogida, como defiende FS, o, por el contrario, es necesario que, además, esa ausencia se prolongue un tiempo determinado, como sostiene la administración neerlandesa.

### 3. La ejecución de la decisión de expulsión

El TJ rechaza, con rotundidad, que la mera salida física del ciudadano de la Unión del territorio del EM de acogida sea suficiente a efectos de la ejecución de una decisión de expulsión adoptada en virtud del artículo 15 de la Directiva. Si con ello bastara para regresar e invocar un nuevo derecho incondicional de residencia, conforme al artículo 6, se estaría reconociendo a ese ciudadano de la Unión un derecho de residencia, en realidad, de duración ilimitada, a pesar de que el precepto citado solo se ha concebido para residencias de corta duración (hasta tres meses), y de que podría no cumplir los requisitos establecidos en el artículo 7 de la Directiva (FS, parás. 73-74)<sup>6</sup>. Llegado el caso, podría incluso invocar múltiples estancias temporales sucesivas en ese EM hasta alcanzar el derecho de residencia permanente, pese a no cumplir los requisitos previstos en la Directiva, privando así de sentido también la distinción entre residencia temporal y permanente (*Id.*, parás. 76-77)<sup>7</sup>. La

<sup>6</sup> El TJUE se limita a poner de manifiesto las consecuencias indeseables de esta interpretación en el caso, pero hay tribunales nacionales que se han encontrado de bruces con esta situación y que la han calificado expresamente de “abuso de derecho” en los términos del artículo 35 de la Directiva. Conforme a este precepto: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para denegar, extinguir o retirar cualquier derecho conferido por la presente Directiva en caso de abuso de derecho o fraude, como los matrimonios de conveniencia.”

Francia, aunque no está obligado a hacerlo, reconoce a los ciudadanos de cualquier EM de la UE que se encuentren en su territorio el derecho a percibir prestaciones de asistencia social desde el primer momento (sin necesidad de esperar al transcurso de los tres primeros meses, como permite la Directiva en su artículo 24.2). Pues bien, ciudadanos rumanos y búlgaros de origen romaní, de forma recurrente, reclamaban prestaciones de asistencia social haciendo uso de su derecho de libre circulación para cruzar la frontera y regresar antes de que se cumpliera el periodo de residencia de tres meses. De este modo, renovaban constantemente sus derechos en virtud del artículo 6, en lugar de que su derecho de residencia progresara hacia las obligaciones más onerosas del artículo 7 de la Directiva. A este respecto, los tribunales franceses han sostenido que renovar los derechos de residencia de tres meses en virtud del artículo 6 de la Directiva con el fin de beneficiarse del sistema de asistencia social, evitando cumplir los requisitos del artículo 7 de la Directiva, constituye un *abuso de derecho* en los términos previstos por el artículo 35. Entre otras muchas, véase *Cour administrative d'appel de Bordeaux, 3ème Chambre*, 30 octubre 2012, 12BX00602 (Szabados, T. 2017, pp. 95-97).

<sup>7</sup> Creemos que el argumento del TJ es confuso aquí, en un doble sentido, a la vista del artículo 16 de la Directiva, que regula el derecho de residencia permanente. Acceder a ese derecho solo es posible si se ha residido *legal y continuadamente* en el EM de acogida durante 5 años. El TJ ha insistido en que el concepto de residencia *legal* debe entenderse

concesión de un plazo mínimo de un mes para abandonar el territorio del Estado (artículo 30.3, por analogía), tiene por objetivo precisamente facilitar la preparación del abandono del territorio, con todas sus posibles incidencias, pero tendría poco sentido si bastara la mera salida física del ciudadano expulsado (*Id.*, parás. 80).

Por ello, para que una decisión de expulsión pueda considerarse plenamente cumplida, y el ciudadano de la UE pueda invocar un nuevo derecho de residencia, es preciso que el ciudadano de la Unión haya puesto fin a su residencia en el territorio del EM de acogida *de manera real y efectiva*, “de modo que, con ocasión de su retorno al territorio del EM de acogida, no pueda considerarse que su presencia se inscribe, en realidad, en la continuidad de su residencia precedente en ese territorio.” (*Id.*, pará. 81).

Trasladémonos ahora al otro extremo. El TJ responde a la cuestión de si es posible exigir, de modo general y sistemático, la ausencia del territorio del EM de acogida durante un periodo mínimo determinado (tres meses), como defiende el Gobierno neerlandés. El TJ, siguiendo al AG, responde negativamente. El TJ enfatiza la condición de derecho fundamental de la libertad de circulación y residencia, sujeta solo a las limitaciones y condiciones previstas en los tratados y en el derecho derivado, y cuyas excepciones deben interpretarse restrictivamente (*Id.*, parás. 86 y 88). Si una decisión de expulsión conforme al artículo 15 implicara la obligación para el ciudadano de la UE de ausentarse del EM de acogida durante un período mínimo, por ejemplo de tres meses, para poder invocar un nuevo derecho de residencia, en virtud del artículo 6, en el territorio de ese EM, ello “equivaldría a supeditar el ejercicio de ese derecho fundamental a una limitación no prevista ni por los Tratados ni por la Directiva 2004/38” (*Id.*, pará. 89). Por otra parte, admitir la exigencia de un período mínimo de ausencia supondría una prohibición de entrada, que expresamente descarta el artículo 15.3 de la Directiva, y también imponer un requisito adicional al derecho de residencia de corta duración del artículo 6, que es incondicional (Ristuccia, 2022, p. 901; *FS*, Conclusiones, pará. 92).

Descartada esa posibilidad, ¿cómo evaluar entonces si, tras una decisión de expulsión, se ha finalizado la residencia en el territorio del EM *de manera real y efectiva*? Según el TJ (y el AG) deberá determinarse caso por caso por las autoridades nacionales atendiendo para ello a un conjunto de indicios. En primer lugar, el TJ alude al *tiempo* que el ciudadano de la UE ha permanecido fuera del EM que lo expulsó: “cuanto más prolongada sea la ausencia del interesado del territorio del EM de acogida, con mayor consistencia quedará acreditado el carácter real y efectivo de la finalización de su residencia. En cambio, una ausencia muy breve, de unos pocos días o de unas horas, tiende más bien a demostrar que la residencia que invoca el ciudadano de la Unión... con ocasión de su regreso al territorio del EM de acogida, se inscribe, en realidad, en el mismo período de residencia en ese territorio” (*FS*, pará. 90).

---

referido a una residencia de conformidad con las condiciones previstas por esa Directiva, en especial las enunciadas en el artículo 7.1, de ésta (Sentencia del TJ de 21 de diciembre de 2011, *Ziolkowski y Szeja*, pará. 46) y, en consecuencia, los períodos de estancia sin que se cumplieran los requisitos que permiten disfrutar del derecho de residencia conforme al artículo 7, no podrían considerarse a efectos de la adquisición del derecho de residencia permanente. Por otra parte, la *continuidad* de la residencia queda interrumpida por cualquier decisión de expulsión válidamente ejecutada contra el interesado de acuerdo con el artículo 21 de la Directiva. Si la validez de la ejecución se cifrara en la mera salida, esta sería suficiente para entender interrumpida la continuidad de la residencia a efecto de adquirir un derecho de residencia permanente. Lo que parece querer subrayar el TJ, es la confusión que la interpretación a la que nos estamos refiriendo en el texto principal podría implicar entre residencia indefinida como hecho y residencia legal y continuada en el sentido del artículo 16 de la Directiva, siendo sólo esta última capaz de fundamentar el derecho de residencia permanente (Shuibhne, N. N., 2024, p. 458).

En segundo término, debe atenderse a elementos que permitan acreditar “*la ruptura de los vínculos que unen al ciudadano de la Unión de que se trate con el EM de acogida*” teniendo en cuenta “su grado de integración en el EM de acogida, la duración de su residencia” en este antes de la expulsión y “la situación familiar y económica”. Por ejemplo, “una solicitud de cancelación de la inscripción en un padrón de población, la rescisión de un contrato de alquiler o de un contrato de suministro de servicios públicos, como el agua o la electricidad, una mudanza, la baja en un servicio de inserción profesional<sup>8</sup> o el cese de otras relaciones que impliquen una cierta integración de ese ciudadano de la Unión en ese EM” (*id.* par. 91). El AG destaca la paradoja de que, de esta forma, cuanto mayor sea la integración del ciudadano de la Unión, más onerosa será para él la carga de la prueba a la hora de demostrar que, efectivamente, ha roto los vínculos que le unían al EM de acogida del que fue expulsado (*FS*, Conclusiones, par. 100).

Para el TJ (no para el AG, que no se refiere a ello) son relevantes no solo las circunstancias que acreditan la ruptura de los vínculos con el EM de acogida, sino también los elementos que permitan aclarar si el ciudadano de la Unión “ha residido efectivamente fuera del territorio del Estado durante ese período”. Para ello, pide el TJ que se tomen en consideración los “indicios que sugieran que dicho ciudadano de la Unión *trasladó el centro de sus intereses* personales, profesionales o familiares a otro Estado” durante el período de ausencia (*FS*, par. 93, énfasis añadido).

Es interesante ver cómo aplica el Consejo de Estado neerlandés estos criterios al caso de *FS*. Para el tribunal remitente este no puso fin real y efectivamente a su estancia en los Países Bajos tras su salida el 23 de octubre de 2018. En cuanto al tiempo de ausencia, el tribunal concluye del relato de los hechos que “los períodos durante los cuales el extranjero permaneció fuera de los Países Bajos fueron cada uno de ellos muy breves” (S. del *Raad van State*, 23 de febrero de 2022, ECLI:NL:RVS:2022:562, ap. 11).

A continuación, el Consejo de Estado evalúa si puede considerarse que *FS* ha residido efectivamente fuera de los Países Bajos. Y de nuevo, su conclusión es negativa, y llega a ella tomando como centro de interés personal del ciudadano, nada más ni nada menos que *la compra de marihuana*: “en la medida en que la compra de marihuana debe considerarse un interés personal del extranjero, se deduce que el centro de este interés permaneció vinculado a los Países Bajos y no se trasladó a Alemania” ya que entro varias veces en el territorio del Estado para comprarla y consumirla (*Id.*).

Incluso los períodos de ausencia más prolongados, como su estancia en una prisión alemana durante, precisamente, tres meses, no son suficientes, ya que no son prueba suficiente de que *FS* hubiera trasladado el centro de sus intereses personales o profesionales a Alemania. Más bien, continua el tribunal, “el hecho de que el nacional extranjero regresara a los Países Bajos poco después del final del cumplimiento de la medida privativa de libertad, para visitar a un conocido, comprar marihuana y consumirla, indica que el centro de su interés personal siguió vinculado a los Países Bajos” (*Id.*, ap. 12).

Del razonamiento del Consejo de Estado está ausente la evaluación de los indicios que pudieran demostrar la ruptura de los vínculos de *FS* con los Países Bajos. Tal y como había adelantado la doctrina (Ristuccia, 2022, p. 904), estos indicios serán difíciles de aportar en el caso de personas marginales como *FS*, que no tienen domicilio ni lugar de residencia estable. Para ellos, demostrar

---

<sup>8</sup> La referencia a la baja en un servicio de inserción profesional puede resultar problemática, ya que los solicitantes de empleo tienen, en la propia Directiva, una esfera de protección particular frente a la expulsión (artículo 14.4 b).

que se ha cumplido con una decisión de expulsión del artículo 15 y se ha puesto término efectivamente a la residencia será, sistemáticamente, más complicado. En la propia sentencia del Consejo de Estado, se alude a la incapacidad de FS para aportar “pruebas documentales de que haya trasladado el centro de sus intereses personales, profesionales o familiares a otro EM. Por ejemplo, ... el nacional extranjero alegó que había buscado trabajo en Polonia, que tenía un número de la seguridad social en Alemania y que se había alojado con amigos en Düsseldorf, pero no aportó ninguna prueba documental de estos supuestos hechos” (S. del *Raad van State*, ap. 12).

Es esta la primera aplicación por los tribunales de los EM de los criterios establecidos por el TJ para analizar, caso por caso, cuándo se ha puesto fin de manera real y efectiva a la residencia de un ciudadano de la UE en un EM del que ha sido expulsado. La evaluación que cabe hacer no es muy positiva. La flexibilidad concedida por el TJ es, quizá, excesiva. El tribunal nacional atiende a un centro de interés personal cuanto menos llamativo (el hábito de comprar marihuana); y utiliza ese criterio del centro de interés con preferencia a una ausencia demostrada del territorio de, precisamente, tres meses. En este sentido, llama la atención que, si el TJ hubiera seguido el criterio del propio gobierno neerlandés (anticipado por su administración a través del Secretario de Estado) y hubiera establecido una exigencia de duración mínima (de tres meses) de ausencia del ciudadano que es expulsado, el Consejo de Estado (tras el cumplimiento de la medida privativa de libertad en Alemania), habría tenido que reconocer el cumplimiento de la decisión de expulsión, la ilegalidad de la segunda medida de internamiento y la renovación del derecho de residencia de FS tras su entrada en el país en mayo de 2019. La evaluación individual por los tribunales nacionales, con los criterios establecidos por el TJ en la mano, corre el riesgo de caer en la subjetividad y potencialmente, en la arbitrariedad, y de que se perpetúen en el tiempo los efectos de la decisión de expulsión, originando con ello un obstáculo desproporcionado a la libertad de circulación y residencia<sup>9</sup>.

La sentencia del TJ (no las conclusiones del AG) finaliza refiriéndose a las consecuencias que tiene que la ejecución de una decisión de expulsión no se haya completado, en los términos que entiende la propio tribunal. La primera consecuencia es que la presencia del ciudadano de la UE en el EM de acogida es irregular, por lo que si sale y vuelve a entrar, no es preciso que se adopte una nueva decisión de expulsión (pará. 94). Por otra parte, la decisión de expulsión no ejecutada perdería sus efectos, en cualquier momento, si se produce un “cambio material de circunstancias” que permita al ciudadano de la Unión cumplir los requisitos de residencia que antes no concurrían y habían justificado dicha decisión de expulsión (p. ej., el ciudadano de la Unión puede ser de nuevo considerado trabajador, por cuenta ajena o por cuenta propia, o solicitante de empleo) (parás. 95 de la sentencia y 81, 82 de las conclusiones). Sin duda, ese “cambio material de las circunstancias” será difícil de apreciar en algunos casos. Por ejemplo, ¿si el ciudadano de la UE que ha sido expulsado entra en el EM de acogida para buscar activamente empleo, habría un cambio material de circunstancias y podría acceder a un nuevo derecho de residencia de acuerdo con los artículos 45 del TFUE y 14.4, d) de la Directiva de ciudadanía? ¿en qué circunstancias podría un ciudadano, económicamente inactivo, demostrar un “cambio material de circunstancias”?

El TJ recuerda asimismo que una decisión de expulsión vigente no impide que pueda producirse una nueva entrada del ciudadano, siempre que sea por un motivo legítimo (p. ej., un reconocimiento

<sup>9</sup> El AG recuerda en sus conclusiones las ventajas que el criterio temporal de la ausencia tiene, ya que garantiza “una cierta previsibilidad y la consiguiente seguridad jurídica”. No obstante, se inclina finalmente, de manera decidida, por defender una determinación, caso por caso, de los efectos de la decisión de expulsión (Conclusiones, pará. 88). Véase la acerada crítica de Kramer, D. (2021, pp. 162-3) a las conclusiones del AG, en este concreto de aspecto.

médico, una compra puntual, una citación judicial etc.) distinto, en cualquier caso, al de continuar la residencia en el EM de acogida. Puesto que la expulsión conforme al artículo 15 de la Directiva no puede llevar aparejada una prohibición de entrada, dicha expulsión deja incólume el derecho previsto en el artículo 5 (FS, parás. 102 y 103). El Consejo de Estado neerlandés forcejea, no sin dificultades, con la valoración jurídica de la entrada de FS para atender a una citación judicial en noviembre de 2018. Se trataría, en principio, de una entrada conforme al artículo 5 de la Directiva (a pesar de que el Consejo de Estado menciona únicamente el art. 47 de la Carta y el art. 8 de la Directiva de la presunción de inocencia). Por ello, FS alega que no se le podía aplicar la decisión de expulsión del 25 de septiembre ni, en consecuencia, acordarse una medida de internamiento (como efectivamente ocurrió). El Consejo de Estado reconoce que “responder a una citación para comparecer ante un juez constituye en sí mismo un motivo legítimo para entrar en los Países Bajos”.

En este episodio se ponen de manifiesto una vez más todas las dificultades que presenta la ejecución de una decisión de expulsión de un ciudadano de la UE en un espacio sin controles fronterizos, de las que es consciente también el TJ (*Id.*, pará. 97). Como hemos tenido ocasión de señalar más arriba, la supresión de controles en las fronteras interiores hace que estas sean absolutamente permeables y que puedan ser atravesadas sin control alguno por los ciudadanos de la Unión. Pero esa supresión de los controles en las fronteras interiores no afecta a la posibilidad de que los EMs lleven a cabo controles de identidad dentro del territorio y establezcan a tal efecto la obligación de portar y llevar consigo documentos (artículo 23 del Código de Fronteras). Los EM pueden exigir a los ciudadanos de la Unión que acrediten su identidad y nacionalidad. No obstante, cualquier requisito de este tipo debe aplicarse igualmente a los nacionales del EM de que se trate, y tales controles en ningún caso se pueden hacer forma *sistemática*, arbitraria o innecesariamente restrictiva<sup>10</sup>. Como ya hemos tenido ocasión de señalar, la presencia irregular de FS se ha suscitado para las autoridades neerlandesas no como consecuencia de un control fronterizo sistemático (Países Bajos y Alemania forman parte de Schengen) ni como consecuencia de un control ocasional operado en el interior del EM, sino porque FS ha reincidido en la comisión de pequeños delitos por los que ha sido identificado y detenido por la policía en varias ocasiones, e incluso ha sido procesado y condenado<sup>11</sup>.

Sin embargo, la Directiva de ciudadanía sí permite al EM de acogida imponer a los ciudadanos de la UE la obligación de notificar su presencia en el territorio “en un plazo de tiempo razonable y no discriminatorio” (artículo 5.4). El TJ avala en FS, por ello, que un EM compruebe si la presencia de un ciudadano de la UE en su territorio está justificada cuando “el ciudadano de la Unión entra en contacto con las autoridades del EM de acogida poco tiempo después de la expiración del plazo previsto para su salida voluntaria de dicho territorio” (FS, pará. 100). FS tenía fijada la comparecencia judicial para el 23 de noviembre, entró en los Países Bajos el 21, no informó en ese momento a la policía neerlandesa de su presencia, y fue detenido el 22 por cometer varios hurtos en comercios (ese es el “contacto con las autoridades” al que se refiere el TJ).

<sup>10</sup> Para la comprobación de la regularidad de la residencia conforme al artículo 6, véase Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 2005, *Oulane*, C- 215/03, ECLI:EU:C:2005:95, parás. 32 a 35. Para el caso de una residencia conforme al artículo 7, el artículo 14.2 establece que “en casos específicos en los que existan dudas razonables en cuanto al cumplimiento, por parte de un ciudadano de la Unión... de las condiciones establecidas en [el artículo 7], los Estados miembros podrán comprobar si se cumplen dichas condiciones. *Dicha comprobación no se llevará a cabo sistemáticamente.*” (Énfasis añadido).

<sup>11</sup> Sobre los diferentes controles a los que pueden ser sometidos los ciudadanos de la UE cuando ejercen un derecho de libre circulación véase Guild, E. et al. (2019, pp. 111, 126-127 y 150-156).

En abstracto, considerar que FS ha incumplido la obligación de comunicar su presencia cuando apenas han transcurrido 24 horas desde que se produjo la entrada conforme al artículo 5, parece contrario a la exigencia de que el plazo previsto para esa notificación sea “razonable”.<sup>12</sup> Igualmente, aprovechar la presencia legítima, aunque no notificada sí cubierta por el artículo 5, en el territorio del EM, para internar y expulsar a un ciudadano de la UE, en virtud de una decisión de expulsión en vigor parece, desde luego, un obstáculo a la libre circulación que el TJ ha tratado en todo momento de evitar. Sin embargo, el caso de FS es, definitivamente, un mal caso para comprobar los efectos de la doctrina sentada por el TJ en relación el derecho que prevé el artículo 5 de la Directiva. Por una parte, hay indicios de que junto con motivos legítimos (comparecencia judicial) la entrada se produjo por otros motivos incompatibles con la vigencia de una orden de expulsión (en el caso de FS, además, motivos socialmente reprobables: comprar o consumir drogas, o cometer delitos menores contra la propiedad). Por otra, está el hecho de que FS entró dos días antes de la comparecencia judicial, si bien esa anticipación no era necesaria ya que, por aquel entonces, se encontraba alojado en una localidad justo al lado de la frontera entre Países Bajos y Alemania, y de la población en la que se iba a celebrar la comparecencia. Por ello, para el Consejo de Estado, FS “no ha demostrado que entró únicamente” con el fin legítimo de acudir a la comparecencia y, al no informar voluntariamente a la policía tras la entrada para comunicar su presencia, “hizo imposible que las autoridades neerlandesas verificaran si su presencia en los Países Bajos estaba justificada” (S. del *Raad van State*, ap. 11.1). Con todo, si bien las autoridades neerlandesas no pudieron conocer a través de esa notificación de FS que se encontraba en Países Bajos para acudir a una comparecencia judicial, esas mismas autoridades, una vez detenido FS y en cualquier momento del procedimiento de expulsión (en ejecución de la decisión de 25 de septiembre) podrían haber comprobado si la presencia de FS estaba cubierta o no por el artículo 5 de la Directiva.

#### 4. La medida de internamiento.

La cuestión de la legalidad del internamiento sobrevuela todo el asunto. No en vano, la reclamación de daños y perjuicios, que es la que en definitiva se articula ante el Consejo de Estado, se fundamenta en el hecho de haber sufrido FS indebidamente una medida restrictiva de libertad, como es el internamiento. Si la decisión de expulsión se había cumplido íntegramente, y la presencia de FS en Países Bajos tras la nueva entrada se amparaba en un nuevo derecho de residencia conforme al artículo 6 de la Directiva, entonces el internamiento acordado, hasta en dos ocasiones, carecía de título habilitante, y FS no debía haber sido sometido a esa medida restrictiva. Pero el internamiento de FS no es objeto de análisis ni por la sentencia, ni por las conclusiones del AG. Hasta cierto punto es explicable, porque tampoco es objeto de la cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado neerlandés. En definitiva, la legalidad o ilegalidad del internamiento sería una consecuencia derivada de la subsistencia (o no) de la decisión de expulsión, y sobre esta última cuestión es sobre la que pivota la sentencia del TJ.

Sin embargo, en la sentencia que dicta el tribunal remitente, el Consejo de Estado, una vez ha recibido respuesta del TJ, sí se aborda la cuestión. Y lo hace a instancias del propio interesado. Este motivo de impugnación de las actuaciones del Secretario de Estado no se había suscitado explícita-

---

<sup>12</sup> Véase también Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de julio de 1976, *Watson y Belmann*, 118/75, ECLI:EU:C:1976:106: “que en lo que se refiere más particularmente al plazo señalado para la declaración de llegada de los extranjeros, sólo se infringen las disposiciones del Tratado en caso de que dicho plazo no se fije dentro de límites razonables” (pará. 19).

mente en los asuntos resueltos en primera instancia, ni tampoco en el recurso inicial ante el Consejo de Estado. Es en la solicitud de celebración de vista, una vez que se había recibido respuesta a las cuestiones prejudiciales, cuando FS impugna, por primera vez de manera directa y autónoma<sup>13</sup>, las dos medidas de internamiento a las que había sido sometido (S. del *Raad van State*, ap. 1). Y lo hace precisamente en ese momento porque el TJ había abordado la cuestión, también en vía prejudicial, en otro asunto, *Ordre des barreaux francophones y germanophone y otros (medidas preventivas a efectos de expulsión)* (C-718/19, ECLI:EU:C:2021:506) resuelto, como FS, por la Gran Sala, y en la misma fecha, el 22 de junio de 2021.

La Directiva de ciudadanía no contiene disposiciones sobre la adopción de una medida de internamiento, a efectos de expulsión, de un ciudadano de la UE, razón por la cual los EM, según el TJ, pueden regular dicha medida (*Ordre des barreaux*, par. 33). Esa regulación nacional puede ser idéntica o similar a la prevista por el ordenamiento nacional para el retorno de los nacionales de terceros países<sup>14</sup>, siempre y cuando se respete el DUE (*Id.*, par. 39). El internamiento constituye una medida restrictiva de las libertades de circulación y residencia<sup>15</sup> y como tal restricción debe estar justificada y ser, en consecuencia, proporcionada a los objetivos que persigue (*Id.*, par. 47). El TJ considera justificado el internamiento del ciudadano de la Unión por razones de orden público o seguridad nacional<sup>16</sup>. Sin embargo, estima contrario al principio de proporcionalidad que se prevea idéntica duración máxima del internamiento para el caso de la expulsión de un nacional de un tercer país y para el de un ciudadano de la Unión (*Id.*, par. 64). El TJ no ahorra esta conclusión en que la ciudadanía de la Unión es un estatus fundamental o en otras consideraciones ideológicas o de principio (Neier, 2021, p. 951), sino sobre un argumento práctico: es más fácil expulsar a un ciudadano de la UE que a un nacional de un tercer país<sup>17</sup>, luego las condiciones del internamiento no pueden ser las mismas.

A la vista de que la sentencia del TJ en *Ordre des barreaux* se refiere a un supuesto de expulsión conforme al artículo 27 de la Directiva, FS esgrime, como motivo de la ilegalidad de las medidas de internamiento, que este solo puede ser adoptado en caso de una orden de expulsión “grave” dictada conforme al mencionado artículo 27, pero que no puede acordarse en casos de expulsión, “de menor importancia” (sic), conforme al artículo 15; subsidiariamente, FS entiende que la regulación del internamiento en Países Bajos es contraria al principio de proporcionalidad (S. del *Raad van State* 23 febrero 2022, aps. 9.1 y 9.2).

<sup>13</sup> Es decir, no como un subproducto de la cuestión de si se han agotado o no los efectos de la decisión de expulsión.

<sup>14</sup> Régimen que, a su vez, trae causa de otra Directiva europea, la 2008/115, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

<sup>15</sup> El internamiento de un ciudadano de la Unión, a efectos de expulsión, constituye en todo caso una medida restrictiva de la libertad de circulación y residencia ya que, aunque sea una medida adoptada precisamente cuando no se puede articular un derecho de residencia en el EM de acogida, se está impidiendo al ciudadano de la UE residir y de circular libremente en otros EM (*Ordre des barreaux*, par. 43).

<sup>16</sup> En *Ordre des barreaux* el TJ estudia el internamiento de un ciudadano de la UE contra el que se ha dictado una decisión de expulsión conforme al artículo 27 de la Directiva, es decir por razones de orden público, seguridad o salud públicas.

<sup>17</sup> El TJ alude a “las relaciones entre los Estados miembros, que se basan en la obligación de cooperación leal y en el principio de confianza mutua”, a las mayores facilidades prácticas “relativas a la organización del viaje de retorno” y para determinar o verificar la nacionalidad del ciudadano de la Unión; también a la facilidad del regreso derivada del hecho de que el EM de origen está obligado a permitir la entrada de sus nacionales sin formalidad alguna (*Ordre des barreaux*, par. 66 a 69).

El Consejo de Estado rechaza el primer argumento: si bien es cierto que *Ordre des barreaux* se refiere a (la duración de) la detención de un ciudadano de la Unión en caso de expulsión para la protección del orden público, “ello no es más que la consecuencia de la disposición nacional controvertida” y de ninguna de las consideraciones que hace el TJ en la sentencia “se desprende que no sea posible el internamiento de un ciudadano de la Unión objeto de una decisión de expulsión prevista en el artículo 15 de la Directiva” (*Id.*, ap. 9.1.1).

Con relación al segundo argumento, el Consejo de Estado se esfuerza, primeramente, en analizar si se puede considerar justificado el internamiento en los supuestos de una decisión de expulsión conforme al artículo 15 de la Directiva, es decir, en un supuesto en el que esa justificación del internamiento no se puede remitir a las razones de orden público, como en *Ordre des barreaux*<sup>18</sup>: “la aplicación del internamiento de un ciudadano de la Unión requiere que dicho ciudadano no tenga derecho de residencia en el EM de acogida y que exista una perspectiva razonable de expulsión. De ello se desprende que el internamiento de un ciudadano de la Unión sobre el que recae una decisión de expulsión, tal como se contempla en el artículo 15 de la Directiva de ciudadanía, tiene por objeto la ejecución de dicha decisión de expulsión. El internamiento es un medio adecuado a tal fin porque el ciudadano de la Unión está efectivamente disponible para ser expulsado por el EM de que se trate. La detención es también un medio necesario. En efecto, su finalidad última es garantizar que un EM pueda expulsar a un ciudadano de la Unión que no tiene derecho de residencia en dicho EM si dicho ciudadano no ha abandonado de forma independiente el territorio en el plazo fijado por la decisión de expulsión, o si dicho ciudadano ha abandonado el territorio en el plazo fijado por ésta pero regresa al territorio del EM tras la expiración de dicho plazo en caso de que no se haya cumplido íntegramente la decisión de expulsión” (*Id.*, ap. 9.2.2).

A continuación, el Consejo de Estado, analiza la duración máxima que puede alcanzar el internamiento, según la regulación de los Países Bajos: seis meses, tanto para un nacional de un tercer país como para un ciudadano de la Unión. Aquí el Consejo de Estado sí observa que la aplicación de la normativa neerlandesa a un ciudadano de la Unión -como FS- podría plantear problemas ya que, aplicando el criterio establecido por el TJ en *Ordre des barreaux*, la administración “no puede utilizar la duración máxima de seis meses para el internamiento de un ciudadano de la Unión sin vulnerar el principio de proporcionalidad. Esta duración máxima va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de expulsar efectivamente a un ciudadano de la Unión del territorio neerlandés” (*Id.*, ap. 9.2.3). Sin embargo, para el Consejo de Estado, esa tacha no es determinante de la nulidad de los dos internamientos de que fue objeto FS puesto que, en ninguno de los dos casos, de haberse consumado la expulsión, se habrían superado las cuatro semanas de internamiento. Esa duración del internamiento no habría ido más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de expulsar efectivamente a FS (*Id.*).

---

<sup>18</sup> La justificación del internamiento en *Ordre des barreaux* gira, en efecto, en torno a las razones de orden público en que se basa la decisión de expulsión y el TJ llega a la conclusión, de que “una medida, como el internamiento, dirigida a evitar el riesgo de fuga del interesado durante el plazo de salida voluntario ... contribuye necesariamente a la protección del orden público, en tanto en cuanto tiene por objeto, en definitiva, garantizar que una persona que se considera que representa una amenaza para el orden público del EM de acogida sea expulsada de su territorio, por lo que dicha medida está relacionada con el objeto de la propia decisión de expulsión” (pará. 49).

Igualmente, en el supuesto de ejecución forzosa de una decisión de expulsión, el TJ destaca que la medida de internamiento la limita se limita por el Derecho belga a los supuestos en que así lo exija el orden público o la seguridad nacional (pará. 59).

## 5. La legalidad de la expulsión.

Tanto la sentencia como el AG insisten en que la facultad del EM de acogida de expulsar a un ciudadano de la UE, conforme al artículo 15, tiene por objeto evitar que los ciudadanos de la Unión “se conviertan en una carga excesiva para el sistema de asistencia social del EM de acogida” cuando su permanencia en el EM no está cubierta por la Directiva (FS, pará 72 de la sentencia y de las conclusiones). Sin embargo, la cuestión de la legalidad de la decisión de expulsión no es abordada ni por el tribunal remitente (no hay rastro de esta cuestión en las cuestiones prejudiciales), ni por el TJ. Solo ancilarmente el AG hace una reflexión, *obiter dictum*, sobre este punto.

FS ha sido expulsado porque ha dejado de cumplir las condiciones que el artículo 14 de la Directiva exige para poder conservar el derecho de residencia previsto en el artículo 7. Como ya sabemos, FS es un individuo económicamente inactivo que, para ser titular de un derecho de residencia, debería demostrar que dispone de “recursos suficientes para no convertirse en una carga excesiva para la asistencia social del EM de acogida durante su período de residencia”. Para las autoridades nacionales, el extranjero no ha demostrado disponer de medios de subsistencia suficientes para mantenerse, y muestra de ello, es que la policía ha detenido regularmente a FS como sospechoso de cometer delitos contra propiedad con los que, parece, se proveería de esos medios de subsistencia.

La cuestión entonces estriba en saber si la pérdida del derecho de residencia (y la posibilidad de ser expulsado) se produce simplemente por no cumplir con los requisitos del artículo 7, disponer de “recursos suficientes”, asumiendo una presunción automática de que esa falta de recursos implica, *per se*, una carga excesiva, actual o potencial, para el sistema de asistencia social<sup>19</sup>. O si es preciso algo más: una evaluación autónoma de si el ciudadano de la UE se ha convertido “una carga excesiva para la asistencia social” del EM de acogida, hecha a la vista del principio de proporcionalidad, examinando caso por caso, valorando un conjunto de factores, y teniendo en cuenta las circunstancias individuales que caracterizan la situación del interesado<sup>20</sup>.

El Consejo de Estado neerlandés parece asumir la primera opción. De los hechos relatados únicamente parece resultar probado que FS carece de medios de subsistencia suficientes, algo que las autoridades nacionales deducen del hecho de que FS sea multi-reincidente en la comisión de delitos

<sup>19</sup> En esta línea de razonamiento, en el asunto *Dano* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2014, C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358) y después en el asunto *CG c. The Department for Communities in Northern Ireland* (Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de julio de 2021, C-709/20, ECLI:EU:C:2021:602), el TJ ha llegado a la conclusión de que el mero incumplimiento de las condiciones de residencia del artículo 7 permiten al EM *discriminar a un ciudadano de la UE* en el acceso a las prestaciones de asistencia social (en aplicación del artículo 24.1 de la Directiva), y ello sin necesidad de que el EM haga previamente una apreciación, a la vista del principio de proporcionalidad, de las condiciones de residencia. Ahora, si la interpretación expuesta prevaleciera, ante el solo hecho de no cumplir las condiciones del artículo 7, los EM podrían no solo discriminar al ciudadano de la Unión, sino también dictar contra él una medida de expulsión.

<sup>20</sup> También en relación con la capacidad del EM para discriminar a un ciudadano de la UE en el acceso a prestaciones de asistencia social cuando dicho ciudadano no cumple con las condiciones de residencia del artículo 7, esta interpretación es la que el TJ ha sostenido en su jurisprudencia previa al asunto *Dano*, exigiendo una evaluación individualizada del grado de integración que el ciudadano de la Unión ha alcanzado, y si se han desarrollado o no vínculos auténticos o reales con su EM de acogida. Véase el asunto *Brey* (Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de septiembre de 2013, C-140/12, ECLI:EU:C:2013:565, pará. 64), y el criterio establecido por la propia Directiva en la exposición de motivos (ap. 6), y por la Comisión Europea (2009) en sus orientaciones sobre la Directiva de ciudadanía.

El ciudadano puede convertirse así en una carga razonable (por contraste a “excesiva”) de la asistencia sanitaria del EM. Entre los factores a tener en cuenta es particularmente relevante el hecho de si el ciudadano solicite asistencia social o no, pero el mero hecho de que haya recurrido a la asistencia social no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión (lo prohíbe expresamente el artículo 14.3 de la Directiva).

(de menor gravedad) contra la propiedad. Con ello basta para concluir automáticamente que no se reúnen los requisitos del derecho de residencia previsto en el artículo 7, y para sujetar al ciudadano de la Unión a una medida de expulsión conforme al artículo 15. La administración nacional no hace una evaluación individualizada de cómo, a la vista de otros posibles factores concurrentes, la falta de recursos suficientes ha convertido a FS en “una carga para la asistencia social del EM de acogida durante su período de residencia”. En este sentido, conviene destacar que no parece que FS haya siquiera solicitado asistencia social en los Países Bajos.

Por el contrario, el AG, en sus conclusiones, parece apuntar a la segunda opción, aunque los términos en que lo hace son confusos. Comienza recordando que “los beneficiarios del derecho de residencia no pueden ser expulsados mientras no se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del EM de acogida”. Para ello, está implícito en su razonamiento, no basta con que no se cumplan los requisitos del artículo 7; no basta con que el ciudadano carezca de “recursos suficientes”. El AG defiende que se atienda a otros factores concurrentes (particularmente, si se ha recurrido a la asistencia social) y que se evalúen dichos factores a la vista de las concretas circunstancias del caso (si obedece a dificultades temporales, teniendo en cuenta la duración de la residencia, las circunstancias personales y la cuantía de la ayuda concedida, en su caso etc.) (FS, Conclusiones, pará. 101).

Sin embargo, el AG incorpora a su razonamiento dos elementos problemáticos. Por una parte, habla de circunstancias que revelan no ya que el ciudadano se ha convertido en una carga excesiva para la asistencia social, sino que constituyen indicios de la existencia de un *riesgo* de convertirse en una carga excesiva. Habría que exigir entonces, como requisito de la residencia del artículo 7 de los sujetos económicamente inactivos, que no se conviertan en un riesgo para la asistencia social. Parece, desde luego, una ampliación indeseable de la condición prevista por la Directiva, pues incluso quien cumpla el requisito de tener suficientes recursos (en los términos del artículo 7.1, b) puede, llegado el caso, y según la evaluación que se haga, convertirse en un riesgo (potencial) para la asistencia social. En segundo lugar, parte el AG de un concepto excesivamente amplio de “asistencia social”, como “prestaciones a las que el ciudadano de la Unión no haya contribuido y que se financien con el erario público”. Sería el caso de los recursos de la policía, de tal forma que cuando FS da muestras de un comportamiento delictivo reiterado, dicho comportamiento podría ser “indicio del riesgo de ser una carga excesiva debido a la movilización, por la conducta de la persona en cuestión, de una parte considerable de los recursos” policiales (*Id.*)<sup>21</sup>.

El TJ, como ya hemos señalado, no se pronuncia sobre la legalidad de la expulsión. Da por buena la actuación de la administración nacional que asume que el derecho de residencia legal se ha extinguido porque se han dejado de cumplir las exigencias del artículo 7 de la Directiva, a pesar de que no se ha demostrado que FS hubiera recurrido a la asistencia social, ni se ha aportado ningún otro elemento probatorio de que se ha convertido en una carga excesiva para el sistema asistencial del EM. Si es un aval a una determinada interpretación (*à la Dano*) del régimen de expulsión que resulta de los artículos 7, 14 y 15 de la Directiva de ciudadanía, solo el tiempo lo dirá.

---

<sup>21</sup> Una severa crítica a este concepto de “asistencia social” en Kramer, D. (2021, pp. 160-162) y en Ristuccia, F. (2022, p. 907).

## 6. Conclusiones.

Con FS el TJ ha roto el hielo en lo que a la interpretación del artículo 15 de la Directiva de ciudadanía se refiere. El precepto regula la expulsión de un ciudadano de la Unión que, sin representar un riesgo para el orden, la seguridad o la salud públicos, ha dejado de ser titular del derecho de residencia que justificaba su presencia en el EM de acogida. Una “zona gris” habitada por ciudadanos económicamente improductivos que no pueden ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía (europea) pero cuya presencia raramente aflora para las autoridades nacionales, razón por la que su presencia en el EM es, habitualmente, tolerada.

La sentencia debe ser vista como un primer paso en la resolución de los problemas prácticos que presenta la expulsión de un ciudadano de la Unión en un espacio sin fronteras interiores. Pero no deben perderse de vista los riesgos existenciales que podrían surgir, para la ciudadanía de la Unión como estatuto fundamental, si resulta que los EMs pueden seguir flexionando el músculo de su poder de control migratorio con el fin de preservarse de los elementos considerados menos deseables de la sociedad. La libertad de circulación perdería entonces buena parte de su valor como instrumento de unidad federal y como derecho individual fundamental, y quedaría relegada nuevamente a su condición de producto funcional y subordinado del proceso de integración económico.

“Pedimos trabajadores, pero vinieron personas” (Frisch & Obschlager, 1990, p. 209).

### Bibliografía:

- Comisión Europea (2009). *Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE* (Bruselas, 2.7.2009 COM(2009) 313 final).
- Frisch, M., & Obschlager, W. (1990). *Schweiz als Heimat?: Versuche über 50 Jahre*. Suhrkamp.
- Guild, E., Peers, S., & Tomkin, J. (2019). *The EU Citizenship Directive: A Commentary*. Oxford University Press.
- Kramer, D. (2021). “On the Futility of Expelling Poor Union Citizens in an Open Border Europe,” *European Papers - A Journal on Law and Integration*, 6(1), 155-165.
- Neier, C. (2021). “New Clarifications on Ending the Union Citizen’s Right of Residence: The Grand Chamber Decisions of the European Court of Justice of 22 June 2021 in C-718/19 and C-719/19,” *European Papers - A Journal on Law and Integration*, 6(2), 941-954.
- Ristuccia, F. (2022). “«Cause tramps like us, baby we were born to run»: Untangling the effects of the expulsion of «undesired» Union citizens: Case C-719/19, FS v. Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Effets d’une décision d’éloignement), judgment of the Court (Grand Chamber) of 22 June 2021,” *Common Market Law Review*, 59(3), 889-914.
- Shuibhne, N. N. (2024). *EU Citizenship Law*. Oxford University Press.
- Szabados, T. (2017). “National Courts in the Frontline: Abuse of Rights under the Citizens’ Rights Directive,” *Utrecht Journal of International and European Law*, 33(85), 84–102.